

USFQ LAW REVIEW

Volumen VII • septiembre 2020



USFQ LAW REVIEW
Volumen VII • septiembre 2020
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Las causales de nulidad de doble impacto: excepciones al principio de separabilidad del sistema arbitral

The Causes of Nullity of Double Impact: Exceptions to the Principle of Separability of the Arbitration System

Vika Mikaela Lara Taranchenko*

Recibido / Received: 1/03/2020
Aceptado / Accepted: 23/04/2020
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1739

Citación:
Lara Taranchenko, V. M. «Las causales de nulidad de doble impacto: excepciones al principio de separabilidad del sistema arbitral». *USFQ Law Review,* Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 159-180, doi:10.18272/ulr.v7i1.1739.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: vikytaranchenko@hotmail.com; vlarat@estud.usfq.edu.ec. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4149-4014

Resumen

Ante la existencia de una causal de nulidad que afecta a la validez del contrato base, el mismo que contiene el convenio arbitral, se ha aplicado el principio de separabilidad, como regla general, para fundamentar que tanto el convenio base y el convenio arbitral son dos negocios jurídicos independientes y autónomos, de forma que la inexistencia o invalidez del uno no afecta al otro. En ciertos casos, el elemento volitivo para la aceptación tanto del convenio base y el convenio arbitral se manifiesta mediante un solo acto y puede ser viciado por una causal de nulidad que afecta a ambos contratos. Por consiguiente, las causales de nulidad de doble impacto, llamadas así porque afectan simultáneamente al contrato subyacente y al convenio arbitral, hacen que el principio de separabilidad no sea de aplicación absoluta. A continuación, se pretende analizar la aplicación del principio de separabilidad frente a las causales de nulidad de doble impacto y determinar las consecuencias jurídicas que se derivan en el arbitraje y en la justicia ordinaria.

Palabras Clave

Arbitraje; autonomía de la voluntad; vicios; separabilidad; nulidad; contrato subyacente; contrato base; convenio arbitral; incapacidad

Abstract

As a general rule, the separability principle is applied when grounds to set aside an arbitral award affects the validity of the contract and the arbitration agreement. This principle supports that both contracts are two independent and autonomous contracts, so that the nonexistence or invalidity of one does not affect the other. In certain cases, the volitional element for the acceptance of booth the underlying contract and the arbitration agreement is manifested by a single act and can be vitiated by a cause of nullity that affects both contracts. Consequently, the causes of nullity of double impact, so called because they simultaneously affect the underlying contract and the arbitral agreement, make the principle of separability not of absolute application. Therefore, this paper aims to analyze the application of the principle of separability in the causes of nullity of double impact and determine the legal consequences that result in arbitration and ordinary justice.

Keywords

Arbitration; autonomy of the will; vices; separability; nullity; underlying contract; base contract; arbitral agreement; incapacity

1. Introducción

Es tal la importancia del consentimiento de las partes en el arbitraje, que se ha concebido como la piedra angular del convenio arbitral[1]. Es preciso entonces, que el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación defina al convenio arbitral como: "el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual"[2]. Es innegable la posibilidad de que la voluntad de la parte signataria se manifieste en un solo acto como aceptación para el contrato base y para el convenio arbitral[3]. Por ello, este acto volitivo está expuesto a contagiarse de una de las causales de nulidad que terminan viciando al convenio base y al convenio arbitral[4]. A estas últimas se las denomina causales de nulidad de doble impacto ya que son susceptibles de anular a ambos contratos[5].

Si bien la doctrina y jurisprudencia han optado por la aplicación del principio de separabilidad como regla general para evitar el contagio de los vicios de un contrato a otro, ya que se estiman como independientes y autónomos[6], Caivano menciona que dicho principio no es absoluto, puesto que no implica que las causas que afectan la validez del contrato principal nunca puedan afectar la del convenio arbitral:

> […] la posibilidad de que ambos pactos sean nulos existe, ya que habiendo sido otorgados en el mismo momento, algunos vicios –especialmente los que se refieran a la declaración de la voluntad de las partes– pueden afectar conjuntamente al contrato principal y al acuerdo arbitral[7].

Es así que Bajaña y González mencionan que el principio de separabilidad es insuficiente para aquellos casos en que los vicios del consentimiento podrían perfectamente migrar desde el contrato referencial al acuerdo arbitral[8]. Por ello, el problema jurídico que se presenta en la aplicación del principio de separabilidad, es que no considera aquellas causales de nulidad que afectan a

---

1 Follonier-Ayala, Alejandro. "La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y Suiza". *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje* XII/1 (2012), p. 110.

2 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

3 Traducción libre. Curtin, Zeb-Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime: The Case of Inseparability and Judicial Decision-making in the Context of Mental Incapacity Defenses". *Iowa Law Review* 90 (2004), p. 1909.

4 *Cfr*. Lee, Jack Tsen-Ta. "Separability, Competence-Competence and the Arbitrator's Jurisdiction in Singapore". *Singapore Academy of Law Journal* 7, 421 (1995), p. 425.

5 *Cfr.* Bajaña Tovar, Fernando S. y González Morán, Paúl A. "La manifestación del consentimiento en condiciones de violencia económica: un asunto pendiente en el arbitraje". *Iuris Dictio* X/22 (2019), pp. 48-51.

6 Verbist, Herman; Imhoos, Christophe y Bourque, Jean-Françoise *Arbitraje y solución alternativa de controversias: cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*. San José: Cámara de Exportadores de Costa Rica, 2005, p. 123.

7 Caivano, Roque J. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene". *Derecho y Ciencias Sociales.* (2015), p. 25.

8 Bajaña Tovar, Fernando S. y González Morán, Paúl A. "La manifestación del consentimiento…". *Óp. cit.,* p. 48.

ambos contratos y que desprenden consecuencias jurídicas en la competencia de los árbitros y de los jueces.

Este problema jurídico bien puede ser expresado mediante la fórmula matemática que exponen Bajaña y Gonz*á*lez: 1(a+b) en el que 1 es la sola manifestación de voluntad de aceptar tanto el convenio base (a) y el convenio arbitral (b) y por lo mismo, si existe una patología en el consentimiento (*) ambos se verían afectados de la siguiente forma: 1*(a+b)= 1*a+ 1*b[9]. No obstante, dicha afirmación no puede ser aplicada a todas las causales de nulidad del contrato, en vista de que el principio de separabilidad es un mecanismo de protección del convenio arbitral y sus efectos, y en virtud del cual, logra proteger la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, pues como se mencionó, es la piedra angular[10].

En razón del problema jurídico citado, el presente artículo pretende: (i) analizar las causales de nulidad de la legislación ecuatoriana para determinar si el principio de separabilidad resulta aplicable en cada una de ellas. Dentro de este punto, se acudirá a la jurisprudencia ecuatoriana y a la jurisprudencia comparada para distinguir el tratamiento que se le ha dado a las causales de nulidad de doble impacto y (ii) a partir de ello, será posible determinar las consecuencias jurídicas que se derivan en la competencia de los árbitros y en la facultad de los jueces. Dentro de lo mencionado, se concluirá, como soluciones al problema jurídico, que los árbitros deben declararse incompetentes para resolver la cuestión de fondo y no pueden pronunciarse sobre el contrato principal. Por otro lado, dentro del sistema judicial, se expondrán las siguientes dos soluciones: (i) aquella que atiende al principio *pro arbitri* sosteniendo que los jueces deben remitir el convenio arbitral a arbitraje y (ii) aquella que se aleja del principio *pro arbitri* al establecer la posibilidad de que los jueces analicen la validez del convenio antes de su remisión.

2. Causales de nulidad en la legislación ecuatoriana

El artículo 1461 del Código Civil prescribe que:

> Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; Que tenga una causa lícita.

Por ello, las causales de nulidad de un negocio jurídico son: (i) incapacidad; (ii) los vicios del consentimiento; (iii) objeto ilícito; y, (iv) causa ilícita. Para

9 *Id.*, p. 51.
10 Guzmán-Barrón Sobrevilla, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional.* Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2019, p. 37.

fines de determinar las consecuencias en sede judicial y en el arbitraje, se tomarán en cuenta las primeras tres causales puesto que el objeto y la causa ilícita no constituyen causales de nulidad de doble impacto. Es así que la Corte Suprema del Ecuador, en el caso *Makro S.A. vs. Fodeva S.A*, concluyó que la causa ilícita del contrato principal no acarrea la nulidad del convenio arbitral[11]. La jurisprudencia comparada también se inclina a dicho razonamiento en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que menciona que el convenio arbitral será inválido cuando esté viciado de una causa ilícita, independientemente del contrato que lo contenga[12].

2.1. Incapacidad de la parte signataria

Fernando Vidal Ramírez, al analizar los requisitos de validez del convenio arbitral, establece que: "la vigencia del convenio arbitral puede ser enervada por vicios de nulidad y de anulabilidad, que lo afecten directamente, como sería el caso de la incapacidad de una de las partes para celebrarlo"[13]. La incapacidad, como la falta de aptitud para la celebración de negocios jurídicos, está contemplada en la Guía para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. La misma define al término «incapacidad de la parte», a la que se refiere el artículo V, numeral 1, literal a), de dicha Convención, como: "aquellas personas que carecen de capacidad para contratar y que estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable"[14].

Por consiguiente, es preciso analizar las distintas causales tanto de la incapacidad absoluta como la relativa no solo para determinar si constituyen causales de doble impacto sino que son requisitos para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

2.1.1. Incapacidad absoluta

El Código Civil en su artículo 1463 prescribe que son absolutamente incapaces: "los impúberes, los dementes, los sordos que no pueden darse a entender de manera verbal, escrita o por lengua de señas"[15].

Con respecto a la primera causal, el legislador considera que los impúberes, al igual que los menores adultos (incapacidad relativa), no tienen la aptitud suficiente para discernir sobre la conveniencia de celebrar un negocio jurídico[16].

11 Corte Suprema del Ecuador. *Makro S.A. vs. Fodeva S.A*. Sentencia, 24 de mayo de 2006.
12 *Cfr*. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10. *Resolución No. 485/2007*. Sentencia, 26 de octubre de 2007.
13 Vidal Ramírez, Fernando. "El Convenio Arbitral". *Derecho PUCP* 56, (2003), p. 577.
14 Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 (2013). Artículo V.1.a.
15 Código Civil. Artículo 1463. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
16 Traducción Libre. Payne, Taylor y Bales, Richard. "What a Contract Has Joined Together Let No Court Cast Asunder: Abolishing Separability and Codifying the Scope of the Provisions of Arbitration Agreement". *West Virginia Law Review*

Dicha causal ha sido prevista en la Guía del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA) para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 que al referirse sobre la incapacidad de las partes, establece que: "Los tipos de asuntos que surgen bajo esta causal incluyen las defensas de 'incapacidad', como por ejemplo, que una parte sea demasiado joven para firmar [minoridad]"[17]. En la doctrina incluso, se ha contemplado la posibilidad de que un convenio arbitral, celebrado por impúber o un menor adulto, se considere una causal de nulidad manifiesta[18], presupuesto que deriva consecuencias jurídicas en sede judicial y que serán expuestas posteriormente.

Con respecto a la demencia, esta se refiere a una patología que priva el uso de la razón de la persona de manera que le impide ejercer libremente su voluntad, mientras que la tercera causal es una incapacidad que no tiene que ver con las facultades intelectuales de la persona, sino simplemente con un impedimento para comunicarse mediante el habla o la escritura, lo que, a juicio del legislador, le inhabilitaba para conocer el contenido de las ofertas negociales que se le hacen y dar a conocer, a su vez, su decisión respecto de las mismas[19].

Enfocándonos en el problema jurídico, un impúber, demente o sordo que no puede darse a entender de manera verbal, escrita o lengua de señas; puede manifestar su voluntad para aceptar tanto el convenio base y el convenio arbitral mediante un solo acto. Según el principio de separabilidad, se diría que la nulidad de uno no afecta al segundo, puesto que son dos negocios jurídicos distintos. Sin embargo, la expresión de voluntad proviene del mismo sujeto incapaz y, por ende, tanto el convenio arbitral y el convenio base adolecen de nulidad absoluta, siendo el principio de separabilidad inaplicable. Es así como Caivano afirma que la incapacidad, puede razonablemente considerarse invalidante del contrato y de la cláusula arbitral[20]. Con respecto a la incapacidad mental, Curtin menciona que: "en aquellos casos de incapacidad mental, el convenio arbitral debe considerarse inseparable del contrato subyacente"[21].

De las sentencias y laudos arbitrales revisados dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, no se ha podido evidenciar el desarrollo respecto de esta causal como invalidante del contrato principal y del convenio arbitral. Por ello, es preciso acudir a la jurisprudencia comparada que se pronuncia sobre la aplicación relativa del principio de separabilidad. El Tribunal Federal de Suiza,

120 (2017), p. 5.

17 Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 (2013). Artículo V.1.a.

18 O' Neill de la Fuente, Cecilia y Nava Segarra, Mariem. "¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral". *Advocatus, Revistas Ulima* (2015), p. 107.

19 Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015. p. 174.

20 Caivano, Roque J. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene". *Óp. cit.,* p. 14.

21 Traducción Libre. Curtin, Zeb-Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime: The Case of Inseparability and Judicial Decisionmaking in the Context of Mental Incapacity Defenses". *Iowa Law Review* 90 (2004), p. 1936.

en el caso *National Power Corpn. vs. Westinghouse*[22] y el Tribunal Supremo de Reino Unido en el caso *Premium Nafta Products Ltd. vs. Fili Shipping Co*[23] han sostenido que el principio de separabilidad no es aplicable en aquellos casos en los que las causales de nulidad del contrato subyacente también afectan a la cláusula arbitral, como en caso de los incapaces o la coacción.

Finalmente, en el caso *Spahr vs. Secco FBS*, se demostró que la incapacidad mental del actor fue la causal de nulidad del contrato financiero denominado *Cash Count Agreement*, y por ende, de la cláusula arbitral contemplada en el mismo contrato y que fue celebrado con la compañía *FBS Investment Services*. La Corte de Apelación de Estados Unidos concluyó que el contrato (*Cash Count Agreement*), "no es un contrato ejecutable bajo la ley por el incumplimiento de [Spahr] de tener la capacidad mental suficiente para comprender la naturaleza y el efecto de este contrato"[24]. Sobre esta base, el tribunal no aplicó el principio de separabilidad y rechazó la moción de *US Bancorp* para obligar a las partes a someterse a arbitraje.

2.1.2. Incapacidad relativa

El artículo 1463 del Código Civil prescribe que son incapaces relativos: a) los menores adultos b) los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y c) las personas jurídicas.

La primera causal contempla, al igual que los impúberes, la falta de juicio y discernimiento para la celebración de los negocios jurídicos, pero sus consecuencias jurídicas son distintas al tener la posibilidad de ratificarlos[25]. El caso *Howard vs. Food*, *Folks & Fun*, demuestra la ratificación del convenio arbitral por la parte signataria una vez que alcanzó su mayoría de edad. En el caso mencionado, una menor de 16 años ratificó un contrato laboral con *Food, Folks & Fun*, en el que dentro del convenio base estaba consagrada una cláusula arbitral, la Corte Distrital de Ohio se pronunció con respecto a la posibilidad de ratificación: "un convenio arbitral celebrado por un menor adulto es anulable. Puede ser [denegado] por el menor o ratificado por el mismo una vez que alcance la mayoría de edad"[26].

Por otro lado, la segunda causal se refiere a la interdicción que priva la capacidad civil que gozaba la persona y la pone en entredicho de administrar sus bienes[27], mientras que en el caso de las personas jurídicas, la condición de

22 US Court of Appeals for the Third Circuit. *National Power Corp. v. Westinghouse.* Sentencia, 18 de noviembre de 1991.
23 House of Lords. *Premium Nafta Products Ltd. vs. Fili Shipping Co*. Resolución, 17 de octubre de 2007.
24 Corte de Apelación de Estados Unidos. Décimo Circuito. *Spahr vs. Secco FBS.* Sentencia, 03 de junio de 2003.
25 *Cfr.* Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015. p. 176.
26 Corte Distrital de Ohio. *Howard vs. Food*, *Folks & Fun.* Sentencia, 15 de diciembre de 2010.
27 Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 68.

incapacidad tiene una explicación distinta a las personas naturales. Se atribuye la incapacidad a las personas jurídicas debido a que su voluntad orgánica se genera de acuerdo a los mecanismos propios de la persona jurídica a través de sus miembros o representantes en la toma de decisiones[28].

Por lo mismo, si una de las partes carece de una válida representación de la persona jurídica para celebrar el contrato subyacente y la cláusula arbitral, ambos resultan ser nulos[29]. Dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, se puede evidenciar que en el caso Federico Arturo Pérez Molina contra el Programa de Protección Social, el demandado era un órgano que no tenía personalidad jurídica propia y que constaba en el contrato principal y del convenio arbitral como parte del mismo. Si bien no se ha declarado la nulidad de ambos contratos, la Corte Superior de Quito declaró la nulidad del laudo arbitral por falta de citación debido a que el funcionario del Programa, quien fue citado, no era representante legal del Ministerio de Bienestar Social[30].

Por ello, es necesario acudir a la jurisprudencia comparada en la que se evidencia expresamente la nulidad de ambos contratos por la falta de representación. En el caso *Premium Nafta Products Limited* y otros c. *Fili Shipping Company Limited* y otros; la Cámara de los Lores del Reino Unido se pronunció con respecto al principio de separabilidad en aquellos casos en los que una parte no ostenta la facultad de celebrar tanto el contrato base como el convenio arbitral: "Si una parte alega que alguien pretendía firmar como representante y no tenía facultad alguna para concluir ningún acuerdo, se trata de un ataque tanto al acuerdo principal como al acuerdo de arbitraje"[31]. En otro caso: "la Corte Suprema de Austria decidió que no existía representación adecuada cuando el poder que autorizaba a firmar el contrato que contenía el acuerdo de arbitraje era inválido"[32].

2.2. Vicios de consentimiento

Otro de los requisitos de la validez del contrato es que esté libre de los vicios de consentimiento. Estos afectan inicialmente a la formación del contrato y por ello, se menciona que: "si el contrato principal es nulo *ab initio* (porque, por ejemplo, se ha incurrido en un vicio de consentimiento), la cláusula de arbitraje también es nula"[33].

---

28 *Id.,* p. 160.

29 Traducción Libre. Heider, Manfred et al. *Dispute Resolution in Australia.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 230.

30 Corte Superior de Quito. *Federico Arturo Pérez Molina contra el Programa de Protección Social.* Sentencia, 27 de junio del 2008.

31 House of Lords. *Premium Nafta Products Limited and others vs. Fili Shipping Company Limited and others.* Resolución, 17 de octubre de 2007.

32 Guía Relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Artículo V 1) a).

33 Traducción Libre. Lee, Jack Tsen-Ta. "Separability, Competence- Competence and the Arbitror's Jurisdiction in Singapore".

2.2.1. Error

Este vicio de consentimiento afecta a la formación de la voluntad de la persona ya que causa una disconformidad entre las ideas y representaciones de la mente y la realidad, es decir, se manifiesta por una falsa apreciación de la realidad o por la ausencia de conocimiento que recae sobre algún aspecto del negocio jurídico, sea en la esencia del negocio, en su objeto o la persona con quién se contrata[34].

En el ámbito del arbitraje se menciona que este vicio de consentimiento se ha evidenciado en ciertos contratos de adhesión, en virtud de que en este tipo de contratos, no se discuten con anterioridad las cláusulas y condiciones que regirán el contrato y la parte contratista se limita a aceptar las condiciones impuestas, incluyendo el convenio arbitral o cláusulas compromisorias. Por ello: "se debe tomar en cuenta que el [contratista] con tal de contratar aceptará estas condiciones y su correspondiente ratificación. Por lo que en definitiva el procedimiento [arbitral] establecido no es eficaz" [35]. Sin embargo, quienes consideran que dentro de los contratos de adhesión se podría producir una nulidad de doble impacto, deben tomar en cuenta las limitaciones que impone la ley — por ejemplo la Ley de Defensa de Consumidor— que prescribe que para que sea válida la celebración de un convenio arbitral, se debe firmar este convenio.

Durante la presente investigación, no se ha evidenciado que el error sea causal de nulidad de ambos contratos dentro de la jurisprudencia ecuatoriana por lo que se analizará la jurisprudencia y doctrina comparada. En el caso *D.L.T. Holdings Inc. vs. Grow Biz International, Inc*.[36] en el que una parte alegó error porque no había tenido la oportunidad de obtener asesoramiento jurídico independiente durante la negociación y concertación del contrato, mismo que contenía el acuerdo de arbitraje. Si bien el Tribunal rechazó el argumento por falta de prueba, indicó que sería un motivo válido para anular ambos contratos si se hubiesen probado las representaciones falsas.

Refiriéndonos al error en la persona, el artículo 1471 del Código Civil prescribe que: "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato"[37]. Por lo tanto, el error tiene que ser determinante, es decir:

Singapore Academy of Law Journal 7, 421 (1995), p. 426.

34 *Cfr*. López Díaz, Elvira. *Iniciación al Derecho*. Madrid: Delta Publicaciones, 2006, pp. 264-265.

35 Velasco Mayorga, Sofía Gabriela. *El efecto de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito, 2015, p. 53.

36 Tribunal Supremo de la Provincia de la Isla de Príncipe Eduardo, *D.L.T. Holdings Inc. vs. Grow Biz International, Inc.* Sentencia, 23 de marzo de 2001.

37 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1471.

> […] si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas[38].

Dentro del problema jurídico, una persona erróneamente podría celebrar tanto el contrato principal como el convenio arbitral con una persona con la que no se tiene la intención de contratar. El caso *PrimaPaintCorp. vs. Flood & Conklin Manufacturing Co* (F&C), es uno de los primeros casos en desarrollar y aplicar el principio de separabilidad y en el que se alegó el error en la calidad de la persona. En este caso, el actor celebró un contrato que contenía una cláusula arbitral con el demandado, el actor sostuvo que: "F&C erróneamente le hizo creer que era solvente y capaz de cumplir con sus obligaciones, mientras que en realidad era insolvente y estaba destinado a declararse en quiebra"[39]. Sobre la base de la decisión, la doctrina ha criticado el principio de separabilidad mencionando que el razonamiento de la Corte en el caso *Prima Paint* ya no se ajusta a la realidad económica de los contratos actualmente y por ello, es necesario repensar y reformular la doctrina de la separabilidad en el arbitraje moderno[40].

Los autores que critican la separabilidad sobre la base del caso, se han pronunciado con respecto a la facultad que tienen los jueces de analizar la validez del convenio arbitral si la formación del contrato subyacente está en cuestión y consecuentemente, decidir si remitir el asunto de fondo al arbitraje. De esto se desprende que, como Stephen J. Ware menciona: "Nada previene a la Corte [en el caso *Prima Paint*] de sostener que la formación del convenio arbitral está en disputa cada vez que la formación del contrato que lo contiene está en discusión" [41]. Con respecto al error, el autor se pronuncia: "si el consentimiento del contrato principal fue fraudulentamente inducido, entonces su consentimiento para someterse a arbitraje fue igualmente inducido de manera fraudulenta"[42].

Finalmente, al referirnos sobre el error del objeto, es necesario precisar que el objeto del convenio arbitral y del convenio base son distintos por lo que es precisa la aplicación del principio de separabilidad. La parte signataria puede tener conocimiento adecuado del objeto en discusión del convenio arbitral pero una equívoca apreciación del objeto del contrato subyacente, siendo así que el error del uno no afecta al otro. De esta manera se ha pronunciado la Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de

38 Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010). Artículo 3.2.2.

39 Traducción Libre. Corte Suprema de los Estados Unidos. *PrimaPaintCorp. vs. Flood & Conklin Manufacturing Co.* Sentencia, 12 de junio de 1967.

40 Traducción Libre. Curtin, Zeb-Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime: The Case of Inseparability and Judicial Decisionmaking in the Context of Mental Incapacity Defenses". *Iowa Law Review* 90 (2004), p. 1907.

41 Traducción Libre. Ware, Stephen J. "Employment Arbitration and Voluntary Consent". *Hofsta Law Review*, 25 (1996), p. 137.

42 *Ibíd.*

1958, mencionando que los objetos del convenio principal y del convenio arbitral son distintos:

> […] por ejemplo, un contrato cuyo objeto sea el reparto de un mercado en violación del derecho de competencia es ilegal. Sin embargo, tal ilegalidad no afecta el consentimiento de someter las disputas relacionadas a arbitraje expresado en una cláusula arbitral contenida en el contrato[43].

2.2.1.1. La inexistencia del consentimiento

Es importante considerar aquellos casos en los que la jurisprudencia ha declarado la inexistencia tanto del convenio base como del convenio arbitral por la falta de consentimiento de las partes. Esto debido a que existen ocasiones en que: "la parte que niega haber celebrado un contrato, también niega haber aceptado el arbitraje"[44]. Dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, dicha alegación ha sido observada en el caso Autoridad Portuaria de Manta c. *Hutchinson Port Investment LTDA*. (en adelante HPI), *y Hutchinson Port Holdings* (en adelante HPH). En la acción de nulidad del laudo arbitral iniciada, HPI y HPH, alegaron que: "no suscribieron el contrato de concesión del puerto de Manta y por tanto, no consintieron en someterse a arbitraje" [45]. Con respecto a la inexistencia del consentimiento, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá no aplicó el principio de separabilidad y sostuvo:

HPI y HPH no han intervenido de forma activa en la negociación y ejecución del contrato de concesión [contrato principal] celebrado entre la Autoridad Portuaria de Manta y Terminales Internacionales de Ecuador, S.A.,- en Liquidación, por lo tanto, no son parte de los conflictos que surgieron del contrato que contiene el acuerdo arbitral[46].

Además, dentro de la jurisprudencia comparada, en el caso *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving* se determinó que si la disputa, en sede judicial, es sobre si el contrato que contiene la cláusula arbitral nunca ha sido celebrado, la cuestión de fondo no puede ser remitida a arbitraje en virtud de que si se niega la existencia del contrato, también se negará la existencia del convenio arbitral[47]. Como consecuencia, los jueces tienen que determinar la existencia del contrato antes de remitir la cuestión de fondo a arbitraje.

---

43 Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 (2013). p. 53.

44 Traducción Libre. Ware, Stephen J. "Employment Arbitration and Voluntary Consent". *Hofsta Law Review*, 25 (1996), p. 133.

45 Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. *Autoridad Portuaria de Manta c. Hutchinson Port Investment LTDA. y Hutchinson Port Holding.* Sentencia, 15 de marzo de 2018.

46 Figueroa B., Miriam G. "Extensión del pacto arbitral a partes no signatarias y su tratamiento en las Decisiones de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, fundamentalmente relacionadas con la teoría del grupo de sociedades". *Revista de la Comisión de Arbitraje* (2019), p. 173.

47 *Cfr.* Corte Suprema de India. *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving.* Sentencia, 27 de marzo de 1963.

2.2.2. Fuerza

Como se mencionó anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han previsto que la fuerza puede viciar el convenio base y el convenio arbitral. Este vicio de consentimiento se presenta en el momento que se manifiesta la voluntad, en el que la parte tiene claro que no tiene la intención de celebrar el contrato, pero por una presión ilegítima y suficiente está obligada a celebrarlo[48]. En el problema jurídico presente, esa presión ilegítima y suficiente puede ser ejercida para celebrar el convenio base y el convenio arbitral.

Con respecto al problema jurídico, la Corte Suprema del Ecuador, en el caso *Makro S.A. vs. Fodeva S.A.*, donde se alegaba que el consentimiento de un contrato había sido obtenido a través de violencia y su causa era ilegítima[49], aplicó el principio de separabilidad. La Corte concluyó que:

> […] la nulidad del contrato no afectaría el derecho de las partes de someter sus diferencias a los árbitros, incluyendo la nulidad del contrato principal. La Corte Suprema añadió que las partes mantenían el derecho de que los méritos del alegato de nulidad fuesen resueltos por los árbitros[50].

Sin embargo, parte de la doctrina ha concluído lo contrario: "Aquel contrato que contiene una cláusula arbitral y que fue celebrado bajo amenazas o coacción, puede ser considerado nulo *ab initio* junto con la cláusula arbitral"[51]. En virtud de lo mencionado, dentro de la jurisprudencia comparada, en el caso *Heyman vs. Darwins,* también se concluyó que si una parte alega que un contrato es nulo *ab initio* (por ejemplo en casos de coacción), la cláusula arbitral también lo es[52].

2.2.2.1. La violencia económica como causal de nulidad de doble impacto

Finalmente es sustancial indicar que la impresión fuerte de la que habla el Código Civil en su artículo 1472, puede resultar tanto de la fuerza física como moral[53]. Este último merece un detenimiento puesto que dentro de aquel se ha considerado a la violencia económica. Este se refiere a la posibilidad de anular el contrato en supuestos de amenazas económicas, en los que una

48 *Cfr.* Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015. pp. 212-214.
49 Corte Suprema del Ecuador. *Makro S.A. vs. Fodeva S.A.* Sentencia, 24 de mayo de 2006.
50 Vielleville, Daniel E. "Nulidad de Contrato y Nulidad de Cláusula Compromisoria". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Monteávila* (2010), p. 94.
51 Traducción Libre. Jan Van Den Berg, Albert. *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*. Londres: Kluwer Law International, 2003, p. 240.
52 House of Lords. *Heyman vs. Darwins.* Resolución, 20 de febrero de 1942.
53 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1472.

parte presta su consentimiento ante la amenaza de sufrir graves consecuencias económicas[54].

En este nuevo vicio, una parte es consciente de la dependencia económica del otro contratante y en ventaja de eso, decide imponer los términos contractuales mientras que la otra a causa de su debilidad económica acepta cada una de ellas[55]. En cuanto al arbitraje, el sujeto dependiente económicamente no despliega una verdadera intención o pensamiento llano, de conducir las posibles controversias en la sede arbitral pero lo acepta por temor de obtener alguna desventaja económica[56]. De este modo, no se puede aplicar el principio de separabilidad puesto que al ser una causal de nulidad de doble impacto, afecta al convenio base y al convenio arbitral[57].

En el caso *Standard Coffee Serv. Co. vs. Babin*, la parte demandada sostuvo que forzadamente tuvo que aceptar un nuevo contrato (que incluía una cláusula arbitral) con la parte actora, pues de no hacerlo perdería su trabajo. La Corte de Apelaciones de Luisiana determinó que: "la dependencia económica de una parte de la otra [como en una relación laboral], es suficiente para explicar el temor de la parte dependiente a perder su empleo si se niega a dar su consentimiento"[58]. Dentro del razonamiento de la Corte, no aplicó el principio de separabilidad al determinar que el nuevo contrato celebrado es nulo junto con la cláusula arbitral ya que es de naturaleza adhesiva y el demandado fue obligado a firmarlo por el miedo a perder su trabajo[59].

2.2.3. Dolo

Los Principios UNIDROIT, en su Artículo 3.2.3 mencionan:

> Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial[60].

Se trata de una maquinación fraudulenta provocada por una de las partes con el objetivo de crear en la mente de una persona, un móvil o razón para consentir en algo que en realidad no existe, que es ilusorio y pernicioso[61].

---

54 Bajaña Tovar, Fernando S. y González Morán, Paúl A. "La manifestación del consentimiento…". *Óp. cit.,* p. 58.
55 *Cfr.* Litvinoff, Saul. "Vices and Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion". *Lousiana Law Review* 50/1 (1989), pp. 82-84.
56 Bajaña Tovar, Fernando S. y González Morán, Paúl A. "La manifestación del consentimiento…". *Óp. cit.,* p. 50.
57 *Id.*, p. 60.
58 Corte de Apelación de Luisana. *Standard Coffee Serv. Co. vs. Babin.* Sentencia, 03 de junio de 1985.
59 *Cfr.* Corte de Apelación de Luisana. *Standard Coffee Serv. Co. vs. Babin.* Sentencia, 03 de junio de 1985.
60 Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010). Artículo 3.2.3.
61 *Cfr.* Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015, p. 202.

El artículo 1474 del código civil prescribe que: "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado"[62]. En el Ecuador se ha considerado que: "existe dolo cuando una de las partes induce a la otra a la celebración del pacto arbitral mediante el uso de cualquier medio engañoso, ya que si tales medios no se hubiesen presentado, la parte no habría convenido dicho pacto"[63].

Para determinar si en este vicio es admisible la aplicación del principio de separabilidad, es importante definir lo que se considera como maquinación fraudulenta. Este se refiere a: "actuaciones dirigidas intencionalmente a falsear ilegítimamente el resultado del proceso"[64]. Por consiguiente, no se puede decir que la maquinación fraudulenta es la misma tanto para el convenio base como para el convenio arbitral porque ambos producen un distinto resultado. En el primero, la maquinación fraudulenta tendría como objetivo que una parte se obligue a las prestaciones que son propias de la materia del contrato, por ejemplo, la producción de una carta falsa que atribuye mayor precio al objeto del contrato y es así, como dicha maquinación está dirigida a la entrega del precio y de la cosa[65]. Por otro lado, el dolo en el convenio arbitral tendría como objetivo que la parte acepte el arbitraje, existiendo de por medio una práctica fraudulenta que lo induce a someterse al mismo.

En el caso *Plama vs. Bulgaria*, resuelto por la Corte de Nueva York, se evidencia que el principio de separabilidad es aplicable puesto que la maquinación fraudulenta solamente vició al contrato de inversiones entre las partes más no al convenio arbitral. La Corte concluyó que tiene jurisdicción para conocer la cuestión de fondo y además que el contrato de inversión se había otorgado por medios fraudulentos, en violación de la ley Búlgara y en contra del principio de buena fe[66]. Además, en el caso *Markowits vs. Friedman*, la Corte concluyó: "los actos de engaño (fraude) afectan a la validez del convenio arbitral solo cuando se relaciona con la disposición de arbitraje en sí"[67].

De acuerdo a lo mencionado, el principio de separabilidad en caso del dolo por acción tiene que aplicarse puesto que la maquinación fraudulenta que se usa es distinta tanto para el convenio base y el convenio arbitral porque tienen objetivos y resultados distintos, siendo así que el dolo que indujo a la

62 Código Civil. *Eiusdem*. Artículo 1463.

63 Arízaga Guznay, María Alexandra. *La competencia o no del tribunal arbitral o árbitro frente a partes no signatarias en el proceso arbitral*. Tesis de grado. Universidad del Azuay, Cuenca, 2019, p. 136.

64 Real Academia de la Lengua Española. "maquinación fraudulenta". https://dej.rae.es/lema/maquinación-fraudulenta (acceso: 05/05/2019).

65 Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2015. p. 202.

66 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Plama vs. Bulgaria.* Laudo final, 8 de febrero de 2005.

67 Corte Suprema de Nueva York. Segunda División. *Markowits vs. Friedman.* Sentencia, 23 de noviembre de 2016.

parte a celebrar el convenio base no produce la nulidad del convenio arbitral y viceversa.

3. Consecuencias de las causales de nulidad de doble impacto en el arbitraje

Las causales de nulidad de doble impacto pueden incidir en sede arbitral dentro de los siguientes dos ámbitos: (i) en la competencia de los árbitros para decidir sobre la validez del convenio arbitral y (ii) en la denegación del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en materia de Arbitraje Internacional. A continuación, se tratará cada uno de ellos:

3.1. Los efectos de las causales de nulidad de doble impacto en la competencia de los árbitros

El principio de separabilidad guarda relación con el principio *Kompetenz-Kompetenz,* en virtud del cual, los árbitros tienen la facultad de decidir acerca de su propia competencia, incluyendo la validez del convenio arbitral[68]. Ambos principios favorecen la aplicación y la celeridad del arbitraje, pues como menciona Griegera Naón:

> […] si la impugnación del contrato significara simultáneamente la del acuerdo arbitral, hasta tanto esa impugnación sea definitivamente rechazada por la justicia estatal, los árbitros no podrían estimarse con jurisdicción suficiente para entender en la controversia y el proceso arbitral quedaría interrumpido[69].

Además, se menciona que:

> El propósito que anima este principio es evitar que una de las partes, arrepintiéndose del arbitraje pactado por no convenir a su estrategia de defensa, pueda manipular la situación para entorpecer el arbitraje y llevar a sede judicial la determinación de las cuestiones controvertidas que había acordado someter a arbitraje, eludiendo la común intención de prescindir de la intervención de los tribunales estatales[70].

Tomando en cuenta el objetivo del principio de separabilidad, el tribunal arbitral, antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, realiza un análisis sobre la validez del convenio arbitral, pudiendo encontrar una nulidad que

---

68 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985). Artículo 16.

69 Grigera Naón, Horacio. "La autonomía del acuerdo arbitral". *Rev. La Ley* (1989), p. 1109.

70 Monestier, Tanya. *Nothing comes from nothing… or does it?. A critical reexamination of the doctrine of separability in American arbitration*. pp. 223 y ss. En: Caivano, Roque J. *El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene*. Derecho y Ciencias Sociales. (2015), p. 23.

haya sido contagiada por el contrato subyacente. Ante esta situación, Caivano nos propone las siguientes soluciones:

> […] (a) Si se trata de una causal que es idónea para afectar igualmente la cláusula arbitral, comprobado ese extremo, los árbitros deberán declararse incompetentes, por faltar el elemento esencial del que deriva su jurisdicción (el consentimiento a someterse a arbitraje). Pero podrán hacerlo por el principio *kompetenz- kompetenz*, que permite quebrar la lógica de las cosas: los mismos árbitros, que derivan su autoridad únicamente de la cláusula arbitral, podrán decir que la cláusula es nula (y esa decisión será válida); (b) Si lo que se invoca es una causal que pueda afectar el contrato pero no la cláusula, entra a jugar el principio de la separabilidad, para permitir a los árbitros decidir que sí tienen jurisdicción porque hay una cláusula arbitral válida y exigible, aunque luego, en el laudo final, puedan decretar que no hubo contrato, o que éste no era válido. Si la causal que se invoca está únicamente referida a la cláusula arbitral, el principio de la separabilidad no juega ningún papel[71].

Para mayor entendimiento, el siguiente esquema ilustra las posibilidades propuestas que pretenden dar solución a la inaplicabilidad del principio de separabilidad frente a causales de nulidad de doble impacto:

Reglas de aplicación del principio de separabilidad		
Hipótesis	**Regla**	**Aplicación del principio de separabilidad: Sí/No**
Causal de nulidad que afecta a ambos contratos. (incapacidad, vicios de consentimiento)	Los árbitros se declaran incompetentes. Los árbitros no pueden declarar la nulidad del contrato subyacente.	No
Causal de nulidad que afecta al contrato subyacente y no al convenio arbitral	Los árbitros se declaran competentes. En el laudo arbitral se decide sobre la existencia y validez del contrato subyacente.	Sí
Causal de nulidad que afecta únicamente al convenio arbitral.	Los árbitros se declaran incompetentes.	No

Tabla 1. Reglas para la aplicación del principio de separabilidad.

71 Caivano, Roque J. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene". *Óp. cit.,* p. 30.

3.2. Inejecución del laudo arbitral a la luz de la convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras

Finalmente, en el ámbito del Arbitraje Internacional, la invalidez del convenio arbitral, se traduce a causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. El artículo V de la Convención de Nueva York prescribe:

> Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: *a)* Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable[72].

4. Consecuencias de las causales de nulidad de doble impacto en justicia ordinaria

En sede judicial, las soluciones que se plantean frente a las causales de nulidad de doble impacto son distintas. Una parte de la doctrina y jurisprudencia considera que el problema jurídico debe ser resuelto apegándose al principio *pro arbitri* ya que los jueces, frente a la excepción del convenio arbital, deben abstenerse de conocer la validez del mismo y por ello, se deberá ordenar el archivo de la causa. Otra postura sostiene que, ante la excepción del convenio arbitral, el juez debe proceder a analizar la validez del mismo con el fin de determinar si cabe remitir el asunto de fondo a arbitraje o si debe ser resuelto en justicia ordinaria y no debe limitarse a enviarla sin este análisis por el sólo hecho de que se invocó la excepción de convenio arbitral. A continuación, se pretende analizar las dos posturas que se presentan en la doctrina y jurisprudencia como soluciones a las causales de nulidad de doble impacto: (i) una solución apegada al principio *pro arbitri* y (ii) una solución alejándose del principio *pro arbitri.*

4.1. La solución de las causales de nulidad de doble impacto atendiendo al principio *pro arbitri*

Es imposible negar que el sistema arbitral ha logrado varios beneficios como método alternativo de solución de conflictos. Con el objetivo de no desconocer el sistema arbitral, se acude al principio *pro arbitri* que sostiene que: "en caso de duda [sobre la validez del convenio arbitral], el órgano judicial debe

72 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Artículo V.

entender que el conflicto se encuentra en arbitraje"[73]. De esto se desprende que, ante una causal de nulidad de doble impacto, los jueces deben optar por "suponer la validez del acuerdo arbitral [ya que] el convenio arbitral se presume válido, por lo que debe remitir [al arbitraje] de inmediato"[74]. Por otro lado, "cualquier duda sobre la validez, eficacia o imposible ejecución del acuerdo arbitral debe ser resuelta a remisión"[75]. Es importante precisar que la legislación ecuatoriana ha adoptado dicha solución que se desprende del artículo 7 de la LAM: "En caso de duda [de la validez del convenio arbitral], el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje"[76]. En palabras de González de Cossío: "Ya tendrá oportunidad el juez de analizar la determinación del árbitro durante el juicio de nulidad"[77].

Cabe mencionar que dentro de la solución planteada, se menciona que únicamente en aquellos casos en los que existe una nulidad manifiesta, el juez puede pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral. A continuación, se expondrá la mencionada excepción al principio *pro arbitri* como solución a las nulidades de doble impacto.

4.1.1. Nulidad manifiesta

Ante el análisis de validez que se realiza, los jueces pueden evidenciar una nulidad manifiesta que afecta al contrato subyacente y al convenio arbitral. La nulidad manifiesta se refiere a aquella causal que se encuentre al descubierto de manera clara y patente, por ejemplo, aquel convenio firmado por un menor de edad[78]. Esta no es una figura jurídica contemplada en el sistema ecuatoriano pero lo es en ciertas legislaciones. En la legislación peruana, se permite que la nulidad pueda ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta, sin condicionar a que sea invocada por las partes[79]. La intervención autónoma del juez se justifica por cuanto con la nulidad *ex officio* se protegen intereses generales, o sea se protege el orden público sin sujeción a límites procesales, y la sentencia que declara la nulidad absoluta es de naturaleza puramente declarativa[80].

Dentro del problema jurídico, se puede concluir que las causales de nulidad de doble impacto que a su vez constituyen nulidad manifiesta son: los impú-

73 Jara, María Elena. "Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje: un análisis desde la perspectiva del principio favor *arbitralis*". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 3 (2011), p. 166.
74 González de Cossío, Francisco. *El Arbitraje al Derecho y al Revés*. Lima: Palestra Editores, 2020, p. 127.
75 *Ibíd.*
76 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 7. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.
77 González de Cossío, Francisco. *El Arbitraje al Derecho y al Revés*. *Óp. cit.,* p. 127.
78 *Cfr.* Ríos Pizarro, Carlos Augusto. "La nulidad 'manifiesta' del convenio arbitral: un caso de excepciones". *Ius et veritas* 48 (2004), pp. 323-324.
79 Torres Vásquez, Aníbal. "Nulidad declarada de oficio". *Revista Lex* XV/19 (2017), p. 130.
80 *Íbid.*

beres, los dementes y los sordos que no pueden darse a entender de manera verbal, escrita o por lengua de señas. De esto se desprende que los jueces al evidenciar que una de estas causales que migró del contrato subyacente al convenio arbitral, deben declarar la nulidad *ex officio* del contrato subyacente para posteriormente negar la validez del convenio arbitral y poder decidir el asunto de fondo.

4.2. La solución de las causales de nulidad de doble impacto alejándose del principio *pro arbitri*

Algunos autores mencionan que: "el juez no debe realizar mayor análisis sobre la validez del convenio arbitral, toda vez que ello corresponde a los propios árbitros en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*"[81]. Sin embargo, esta postura sostiene que el efecto negativo de tal principio, que consiste en la exclusión de los jueces para conocer una controversia, tiene como condición que las partes hayan celebrado el convenio arbitral válidamente[82]. Por lo tanto, frente al problema jurídico planteado con respecto a las causales de nulidad de doble impacto, se propone que, ante la excepción del convenio arbitral, el juez debe proceder a analizar la validez del mismo con el fin de determinar si cabe remitir el asunto de fondo a arbitraje o si debe ser resuelto en justicia ordinaria y no debe limitarse a enviarla sin este análisis por el sólo hecho de que se invocó la excepción de convenio arbitral[83].

Países como Estados Unidos afirman la necesidad de un control judicial del convenio arbitral previo a su remisión[84]. Dentro de este punto, su jurisprudencia menciona que los jueces deben escuchar a las partes para determinar la validez del convenio arbitral, como se explica a continuación.

4.2.1. La facultad de los jueces de escuchar a las partes para determinar la validez del convenio arbitral

Como se mencionó anteriormente, el caso *PrimaPaintCorp. vs. Flood & Conklin Manufacturing Co*, junto con el principio de separabilidad, han sido criticados por la doctrina y jurisprudencia. El mismo juez que emitió el voto disidente del caso explicó que:

81 Ríos Pizarro, Carlos Augusto. "La nulidad 'manifiesta' del convenio arbitral: un caso de excepciones". *Ius et veritas* 48 (2004), p. 319.

82 *Cfr*. Santistevan de Noriega, Jorge. "Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva Ley Peruana". *Revista Peruana de Arbitraje* 7 (2008), p. 95.

83 Curtin, Zeb Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime: The Case of Inseparability and Judicial Decisionmaking in the Context of Mental Incapacity Defenses". *Iowa Law Review* 90 (2004), p. 1912.

84 *Cfr. Ibíd.*

> […] si se aplica el principio de separabilidad para remitir la cuestión de fondo a arbitraje, a pesar de que exista una causal de nulidad que afectó a ambos contratos, los árbitros carecerían de autoridad, toda vez que la competencia para decidir la controversia nace del contrato válidamente celebrado[85].

Por lo tanto, la preocupación del juez sobre la decisión de la mayoría, es que se permitió que un árbitro tenga la autoridad de decidir sobre cuestiones de derecho cuando no estaba claro que alguna vez gozaba de dicha autoridad debido a que el contrato en su totalidad es inválido[86]. Por ello, se propone que los jueces no deben remitir la controversia a sede arbitral mientras la existencia o validez del contrato se encuentre en discusión, tal como lo establece la doctrina:

> […] el tribunal debe escuchar a las partes para determinar la existencia y validez del convenio arbitral [siendo innegable la posibilidad que se resalten cuestiones del fondo de la controversia] y una vez que esté convencido de que el acuerdo de arbitraje no está en discusión, el tribunal remitirá el asunto a arbitraje. Por el otro lado, si una causal de nulidad migra del contrato subyacente al convenio arbitral, la cuestión de fondo debe ser resuelta por los jueces[87].

En este sentido, cierta parte de la doctrina establece que el principio de separabilidad no es aplicable cuando la formación del contrato principal está en discusión y que esto permite a los jueces entrar a estudiar la validez del convenio escuchando a las partes las alegaciones de la falta de consentimiento y nulidad del contrato principal y del convenio arbitral[88]. En el caso *Sandvik AB vs. Advent International Corp*, la Corte sostuvo que:

> […] cuando el contrato subyacente es nulo, por ejemplo, cuando la parte signataria no ostenta autoridad para firmar o por incapacidad mental o minoridad, la decisión sobre la validez del contrato principal [que afectará al convenio arbitral] no recae sobre el tribunal arbitral sino sobre los jueces[89].

5. Conclusión

El presente trabajo ha pretendido demostrar que el principio de separabilidad resulta insuficiente para aquellas causales de nulidad que pueden perfectamente migrar del contrato subyacente al convenio arbitral; a estas últimas se las denomina causales de nulidad de doble impacto. Para corroborar aquello,

---

85 Corte Suprema de los Estados Unidos. *PrimaPaintCorp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* Sentencia, 12 de junio de 1967.

86 Cfr. Curtin, Zeb Michael. "Rethinking Prima Paint Separability in Today's Changed Arbitration Regime …". *Óp. cit.,* p. 1917.

87 Traducción Libre. Ware, Stephen J. "Employment Arbitration and Voluntary Consent". *Hofsta Law Review*, 25 (1996), p. 130.

88 *Id.*, p. 133.

89 Corte de Apelación de los Estados Unidos. Tercer Circuito. *Sandvik AB vs. Advent International Corp.* Sentencia, 27 de abril de 2000.

se procedió a analizar lo siguiente: (i) las causales de nulidad contempladas en la legislación ecuatoriana, a fin de determinar si constituyen causales de nulidad de doble impacto y (ii) las consecuencias jurídicas que se desprenden en la competencia de los árbitros y los jueces ante la presencia de dichas causales.

En primer lugar, se puede concluir que la incapacidad absoluta constituye una causal de nulidad de doble impacto debido a que el acto volitivo para la aceptación del convenio subyacente y del convenio arbitral provienen del mismo sujeto incapaz. Además, no es aplicable el principio de separabilidad a la incapacidad relativa en aquellos casos en los que se haya ratificado el contrato principal que contiene un convenio arbitral sin ostentar la facultad de representación, pues como se observó, la jurisprudencia y la doctrina consideran un ataque a ambos contratos.

Por el otro lado, se analizaron los vicios de consentimiento dentro de los cuales se concluye que el error se ha evidenciado en ciertos contratos de adhesión porque, según la doctrina, los términos y condiciones no son negociados por las partes incluyendo el convenio arbitral de forma que la parte se remitirá a aceptar el contrato en su totalidad. Con respecto al error del objeto del contrato, se determinó que el principio de separabilidad es aplicable y por ende, no constituye una causal de nulidad de doble impacto ya que la parte signataria puede tener conocimiento adecuado del objeto en discusión del convenio arbitral pero una equívoca apreciación del objeto del contrato subyacente. Dicho razonamiento aplica de igual forma para el dolo puesto que si los objetos del contrato son distintos, la maquinación fraudulenta utilizada será distinta. Sin embargo, no sucede aquello con la fuerza que si constituye una causal de nulidad de doble impacto al ser el contrato principal considerado nulo *ab initio* junto con la cláusula arbitral.

Un problema evidente que surge de la presente investigación, es que la jurisprudencia ecuatoriana aplica el principio de separabilidad en aquellos casos en los que la voluntad de ambos contratos fue producto de presión ilegítima y concluyó que la nulidad del contrato no afectaría el derecho de las partes de someter sus diferencias a los árbitros, incluyendo la nulidad del contrato principal. Dicho razonamiento se contrapone con las reglas de aplicación del principio de separabilidad que se propone, pues como se observó, ante una causal de nulidad que afecta a ambos contratos, los árbitros deben declararse incompetentes y no pueden declarar la nulidad del contrato subyacente[90]. Por ello, si se sigue aplicando el principio de separabilidad aun existiendo las causales de nulidad de doble impacto, los árbitros carecerían de autoridad para pronunciarse sobre el fondo de la controversia, toda vez que la competencia para decidir la controversia nace del contrato válidamente celebrado.

90 Caivano, Roque J. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene". *Óp. cit.,* p. 30.

En segundo lugar, frente al problema jurídico de la insuficiencia del principio de separabilidad, se analizaron las consecuencias jurídicas que se derivan en la competencia de los árbitros y de los jueces con el objetivo de establecer propuestas que solventen el problema. En sede arbitral, ante una causal de nulidad de doble impacto, los árbitros deben proceder a declararse incompententes para decidir la cuestión de fondo del litigio y esa declaración será válida por el principio *kompetenz-kompetenz*. Por otro lado, si se inicia el proceso en sede judicial, ante la excepción del convenio arbitral, se propusieron dos soluciones ofrecidas en la doctrina y jurisprudencia. La primera atiende al principio *pro arbitri* toda vez que menciona que ante la duda de la validez del convenio arbitral, el juez debe remitir el asunto a arbitraje. La misma ha sido contemplada en la legislación ecuatoriana, en el artículo 7 de la LAM. Cabe mencionar que dentro de dicha solución, se plantea como excepción a la nulidad manifiesta ya que, en ese caso, el juez podrá pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral.

Por otro lado, la segunda solución se aleja del principio *pro arbitri* pues establece que el juez debe entrar a analizar la validez del convenio arbitral y una vez que ya no exista duda del mismo, remitir el asunto a arbitraje. Además, si evidencian una causal de nulidad de doble impacto, corresponde a los jueces declarar la nulidad de ambos contratos. Con ello, esta postura propone desvirtuar lo que parte de la doctrina establece, esto es, que el juez no debe realizar mayor análisis sobre la validez del convenio arbitral, toda vez que ello corresponde a los propios árbitros. Según la postura, la razón de la facultad de los jueces para decidir sobre la validez del convenio arbitral antes de remitir la cuestión de fondo a arbitraje, es evitar que los árbitros tengan la competencia de decidir cuestiones de derecho que nacieron de un convenio arbitral y un contrato principal nulo.